

# *A INAPLICABILIDADE IMEDIATA DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO COM BASE NO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE*

## *IMMEDIATE INAPPLICABILITY OF DIFFERENTIAL DISCIPLINARY SYSTEM BASED ON CONVENTIONALITY CONTROL*

Ana Maria D'Ávila Lopes<sup>1</sup>  
Semiramys Fernandes Tomé

Recebido em: 25/10/2016  
Aceito em: 14/10/2017

[anadavilalopes@yahoo.com.br](mailto:anadavilalopes@yahoo.com.br)  
[semyfernandes@hotmail.com](mailto:semyfernandes@hotmail.com)

**Resumo** O presente trabalho objetiva demonstrar a relevância do controle de convencionalidade na defesa dos direitos humanos do apenado perante as medidas atentatórias contra a dignidade humana previstas no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Desse modo, com base numa pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial na doutrina, legislação e jurisprudência nacional e internacional, foram inicialmente delimitados os contornos conceituais do RDD, para seguidamente discutir a sua constitucionalidade e convencionalidade em face dos direitos previstos na Constituição Federal de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969. Com esse objetivo, foram analisados os argumentos invocados pelo Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do HC 40.300/RJ, verificando-se o desrespeito ao princípio constitucional da dignidade humana. Por fim, a partir da análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, evidenciou-se que o isolamento celular atenta contra os direitos do apenado, devendo, via controle de convencionalidade, deixar de ser aplicado no Estado brasileiro, sem necessidade de aguardar pelo julgamento da ADI no 4.162, na qual a constitucionalidade da lei que dispõe sobre o RDD é questionada.

**Palavras-chave:** Controle de convencionalidade. Regime Disciplinar Diferenciado. Pena degradante e desumana. HC 40.300/RJ.

**Abstract:** This work aims to demonstrate the relevance of conventionality control in defense of human rights of the convict against the prejudicial measures which violate human dignity set out in Differentiated Disciplinary Regime (DDR). Thus, based on a literature, legislative and jurisprudential research in national and international doctrine, legislation and jurisprudence, the outlines of DDR were defined, as a first step to discuss its constitutionality and conventionality in face of the rights of the Federal Constitution 1988 and the American Convention on Human Rights of 1969. To this end, we analyzed the arguments put forward by the High Court of Justice on the occasion of the judgment of HC 40,300/RJ, verifying the disrespect for the constitutional principle of human dignity. Finally, from the analysis of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, it revealed that the cell isolation violates the rights of the convict and, by control conventionality, should not be applied in the Brazilian state, without wait for the judgment of ADI in 4162, in which the constitutionality of the law which provides for the RDD is questioned.

**Keywords:** Conventionality control. Differentiated Disciplinary Regime. Degrading and inhuman punishment. HC 40,300/RJ.

View metadata, citation and similar papers at core.ac.uk

provided by Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) Portal de Periódicos on-line

powered by  **CORE**

O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) foi instituído pela Lei no 10.792, de 01 de dezembro de 2003 (BRASIL, 2003), com o propósito de sancionar mais firmemente as atividades delitivas praticadas por facções criminosas e, dessa maneira, atender às reivindicações sociais por maior segurança pública.

<sup>1</sup> Universidade de Fortaleza – UNIFOR – Fortaleza – Ceará – Brasil

Em 2005 a constitucionalidade da referida Lei foi incidentalmente questionada no Habeas Corpus no 40.300 (HC 40.300/RJ) perante a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em virtude da possibilidade de vulnerar os direitos e garantias fundamentais previstos no art. 1º, III; art. 5º, III e art. 5º, XLVII, alínea “e”, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Nessa decisão proferida pelo STJ, em 07 de junho de 2005, reconheceu-se a compatibilidade do RDD com os ditames dispostos no texto constitucional (STJ, 2005). Todavia, a Lei é objeto da Ação Direta de Constitucionalidade nº 4.162 interposta, em 2008, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, estando ainda aguardando julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF, 2008).

Nesse contexto, o presente trabalho objetiva demonstrar que a Lei no 10.792/2003 não apenas contraria a Constituição Federal de 1988, mas também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, devendo, com base na doutrina do controle de constitucionalidade, ter seus efeitos imediatamente paralisados.

Com essa finalidade, realizou-se pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial na doutrina, legislação e jurisprudência nacional e internacional, cujos resultados sintetizam-se em três tópicos. No primeiro, foram delineados os contornos conceituais do RDD, buscando cotejar se preserva ou viola os direitos do apenado. Em seguida, analisou-se a decisão proferida pelo STJ no HC 40.300/RJ, destacando-se os argumentos levantados pelos Ministros em favor da constitucionalidade do RDD. E, por fim, fez-se o estudo do controle de convencionalidade do RDD a partir do exame da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que considera que o isolamento celular é uma forma de tratamento cruel e inumano, que atinge a integridade física e psicológica do apenado, vulnerando, conseqüentemente, sua dignidade humana.

## **2. CONTORNOS CONCEITUAIS REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO**

O atual agravamento da criminalidade vem provocando o clamor social por sanções detentoras de maior rigor, o que, por conseguinte, vem ensejando uma atuação mais severa do ius puniendi do Estado na tutela aos bens jurídicos.

Dentre as medidas recentemente adotadas, o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) apresenta-se como uma resposta para deter o avanço delitivo, na medida em que objetiva assegurar a ordem e a segurança no âmbito dos estabelecimentos prisionais (RÉGIS, 2014). Contudo, e sem descuidar a importância da busca pela ordem e a segurança social, deve-se observar que a regulação legislativa do RDD não se enquadra dentro das balizas traçadas pelas normas constitucionais de proteção dos direitos fundamentais dos presos, considerando que “a execução da pena de prisão nada tem a ver com o desrespeito da dignidade de quem cumpre uma pena” (LOPES, 2017, p. 154).

A dignidade humana constitui um limite ao ius puniendi do Estado, de modo que as punições não podem ser desumanas nem degradantes sob a justificativa da coibição delitiva e do resguardo da pacificação social, pois resta assente a necessidade de observância dos direitos fundamentais do apenado, haja vista que não se extirpa deste a sua essência de sujeito de direitos.

Corroborando o dever do Estado de resguardar a dignidade humana do preso no cumprimento da pena, o constituinte previu a vedação de penas cruéis, desumanas e degradantes, ao estatuir no art. 5º, III, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), que “ninguém será submetido à tortura ou a tratamento desumano ou degradante”.

Contudo, mesmo restando sedimentado no plano constitucional o afastamento da pena cruel, desumana e degradante, promulgou-se a Lei no 10.792, em 01 de dezembro de 2003 (BRASIL, 2003), instituindo o RDD como modalidade de sanção administrativa, disposto no âmbito da Lei de Execução Penal, Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 (BRASIL, 1984). O referido instituto busca sancionar mais firmemente apenados envolvidos no crime organizado, tendo natureza jurídica de sanção disciplinar, segundo exposto no art. 53, V, da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984).

O RDD foi criado após rebelião ocorrida no Estado de São Paulo em 2001, em resposta às ações governamentais de retirada de líderes locais do Primeiro Comando da Capital (PCC), organização criminosa envolvida em rebeliões e crimes de narcotráfico, assaltos, sequestros e assassinatos. Essa rebelião tomou proporções preocupantes ao envolver 25 (vinte e cinco) unidades prisionais da Secretaria da Administração Penitenciária e 04 (quatro) cadeias (CARVALHO; FREIRE, 2005, p. 7).

O RDD é imposto nos casos da prática de delito doloso que ocasione a subversão da ordem e da disciplina interna do presídio, aos apenados que evidenciem risco à preservação da ordem e da segurança do ambiente prisional ou da sociedade, e, por fim, ante a existência de suspeitas significativas de envolvimento ou participação em organização criminosa, quadrilha ou bando, segundo dispõe o art. 52, caput e §§ 1º e 2º da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984).

O rol de sanções disciplinares que se aplicam aos detentos no RDD expressa nitidamente a violação aos direitos fundamentais do apenado, conforme pode ser verificado da leitura do art. 52, incisos I a IV da Lei de Execução Penal:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. (BRASIL, 2003).

Dentre as restrições fixadas ao detento sujeito ao RDD, pode-se destacar o isolamento celular como expressão mais grave de violação dos direitos fundamentais. A origem histórica do isolamento celular remonta às antigas solitárias, aonde os detentos tidos como de “alta periculosidade” eram enviados e nas quais a deterioração físico-psíquica era rápida e profunda, sendo, portanto, considerados verdadeiros “sepulcros provisórios” (FOCAULT, 2009, p. 201).

Para Goffman (1974, p. 64-65), o isolamento celular na prisão provoca a descaracterização da identidade do detento, produzindo um sentimento de perda como consequência da deformação das características pessoais do indivíduo pela ausência de contato social, constituindo uma pena cruel, desumana e degradante, em explícita contraposição com o que apregoa a Constituição Federal de 1988 (CARVALHO; FREIRE, 2005, p. 17).

Nesses termos, manifesta-se também Maria Thereza Moura (2007, p. 287),

O castigo físico imposto ao condenado submetido ao regime disciplinar diferenciado viola a dignidade humana, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, inscrito no art. 1º, inciso III da vigente Constituição da República [...] O regime disciplinar diferenciado representa sobrepena cruel e degradante que alvita o ser humano e fere a sua dignidade, infringindo-lhe castigo físico e moral, na medida em que impõe ao preso isolamento celular absoluto de vinte e duas horas diárias durante um ano, prorrogável até 1/6 da pena.

A possibilidade do isolamento celular constituir uma sobrepena cruel e degradante e, conseqüentemente, violar a dignidade do preso, despertou discussões doutrinárias em torno da constitucionalidade do RDD, deflagrando, seu questionamento em âmbito judicial, conforme exposto a seguir.

### **3. A CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO NO JULGAMENTO DO HC 40.300/RJ**

A inclusão do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) no âmbito infraconstitucional brasileiro provocou significativos questionamentos acerca da sua constitucionalidade, em virtude da sua potencialidade para vulnerar os direitos fundamentais dos presos. Foi assim que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi chamado a ser manifestar incidentalmente sobre tal hesitação no Habeas Corpus

nº 40.300, oriundo do Rio de Janeiro e julgado em 07 de junho de 2005 (HC 40.300/RJ), tendo por paciente o preso Wilson Ferreira Cardozo. O referido HC tramitou na 5ª Turma do STJ, trazendo como relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima (STJ, 2005, p. 01).

A inclusão do preso no RDD foi decidida sob o argumento da necessidade de manter a ordem na Unidade Prisional de BANGU III, tendo em vista ter sido apontado como um dos líderes da rebelião ocorrida em 05 de dezembro de 2003 e que culminou com a morte de um agente penitenciário, assim como pela prática de atos de depredação e captura de reféns (STJ, 2005, p. 04-05).

Face essa decisão, o preso impetrou o HC nº 40.300/RJ, no qual questionou a constitucionalidade do art. 52 da Lei de Execução Penal, que institui o RDD como uma modalidade de regime prisional de maior severidade dentro do regime fechado (STJ, 2005, p. 05). Instada a se manifestar, a 5ª Turma do STJ decidiu unanimemente pela constitucionalidade do RDD assim dispondo:

EMENTA - HABEAS CORPUS. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. ART. 52 DA LEP.CONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. NULIDADE DO PROCEDIMENTO ESPECIAL. REEXAME DE PROVAS. IMPROPRIEDADE DO WRIT. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA NAO RECONHECIDA.

1. Considerando-se que os princípios fundamentais consagrados na Carta Magna não são ilimitados (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas), vislumbra-se que o legislador, ao instituir o Regime Disciplinar Diferenciado, atendeu ao princípio da proporcionalidade.
2. Legítima a atuação estatal, tendo em vista que a Lei n.º 10.792/2003, que alterou a redação do art. 52 da LEP, busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas que atuam no interior do sistema prisional liderando rebeliões que não raro culminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos e, também, no meio social.
3. Aferir a nulidade do procedimento especial, em razão dos vícios apontados, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório apurado, o que, como cediço, é inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.
4. A sentença monocrática encontra-se devidamente fundamentada, visto que o magistrado, ainda que sucintamente, apreciou todas as teses da defesa, bem como motivou adequadamente, pelo exame percuciente das provas produzidas no procedimento disciplinar, a inclusão do paciente no Regime Disciplinar Diferenciado, atendendo, assim, ao comando do art. 54 da Lei de Execução Penal.
5. Ordem denegada (STJ, 2005, p. 09).

Os argumentos técnico-jurídicos arguidos pelo Ministro Relator a favor da constitucionalidade do RDD pautaram-se, primeiramente, pela inexistência de qualquer forma de violação à dignidade da pessoa humana ou de imposição sancionatória cruel, desumana ou degradante (STJ, 2005, p. 05-06).

Afastou, ainda, o STJ o entendimento da violação do princípio da segurança jurídica, na medida em que o RDD visa trazer a preservação da ordem interna nos estabelecimentos prisionais, não podendo, portanto, ser compreendido como uma nova espécie de pena. Segundo o STJ, a pena

privativa de liberdade e o RDD constituem-se em infrações a ordenamentos jurídicos diversos (de direito penal e de execução penal), não trazendo violação ao princípio de vedação bis in idem (STJ, 2005, p. 06), ou seja, a interposição duplamente sancionatória pela mesma atividade delitiva quando aplicado o RDD, pois, este se apresenta como sanção disciplinar que tem por finalidade a coibição de atividade ínsita às organizações criminosas. Assim, o RDD não confere dupla natureza punitiva à fixação, pois é tão somente uma reprimenda mais severa no cumprimento da pena privativa de liberdade que não se confunde com esta e sua finalidade (STJ, 2005, p. 06).

Todavia, o STJ invocou como fundamento do referido julgado, a imprescindibilidade de manutenção da segurança dos estabelecimentos prisionais, bem como a necessidade de resguardo da ordem pública que resta ameaçada pela atuação criminosa que se prolifera com a constituição de facções criminosas no interior dos estabelecimentos prisionais (STJ, 2005, p. 07).

Para o STJ, os direitos fundamentais do apenado não podem ser usados como escudo protetivo da prática de atividades ilícita, pois implicaria um nítido desprezo pelo Estado de Direito (STJ, 2005, p. 07). Verifica-se, assim, que a argumentação utilizada pela 5ª Turma do STJ para trazer guarida constitucional aos dispositivos regulamentadores do RDD no âmbito legal infraconstitucional, se coaduna com a prevalência do interesse coletivo em prejuízo dos direitos fundamentais do apenado. Com essa decisão, revela o STJ o entendimento de que os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988 (CF88) não são absolutos.

Apesar dos direitos fundamentais não serem absolutos, não é possível relegar um direito fundamental para proteger outro bem jurídico se com isso se vulnera o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto como um dos cinco fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro no inciso III do art. 1º, da Constituição Federal de 1988. Os fundamentos constitucionais constituem os parâmetros hermenêuticos de compreensão de todo o ordenamento jurídico, auxiliando na determinação da sua legitimidade. Assim, não é admissível a aplicação de uma norma contrariando qualquer um desses fundamentos e, mais ainda, afrontando o princípio da dignidade, cujo cerne é a proteção da pessoa humana, fim do Estado. Nessa mesma linha, pronunciam-se Duarte e Duarte Neto (2016, p.19),

Sabe-se que a dignidade da pessoa humana, além de fundamento da República Federativa do Brasil, é corolário de todo o ordenamento jurídico. A partir disto, os demais direitos e institutos devem respeito à tutela da dignidade, não podendo afrontá-la, pois se assim for, violará não apenas o princípio, mas a estrutura normativa do Estado.

Erra, portanto, o STJ ao invocar o caráter não absoluto dos direitos fundamentais como justificativa para, em nome da segurança dos estabelecimentos prisionais, considerar constitucional o RDD, cuja afronta ao princípio da dignidade humana é manifesta, conforme explicitado linhas acima.

Verifica-se, ainda, que o RDD não apenas vulnera norma constitucional, mas também norma internacional, especificamente o art. 5.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, que veda expressamente a aplicação de penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes (OEA, 1969). Trata-se de uma situação que exige a adoção de mecanismos que, em tempos de

transconstitucionalismo (NEVES, 2014), auxiliem na harmonização dos ordenamentos jurídicos nacional e internacional, em prol do respeito aos direitos humanos.

#### 4. ASPECTOS CONCEITUAIS DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

O cenário jurídico internacional da segunda metade do século XX foi marcado pela criação de mecanismos de contenção dos atos praticados pelos próprios Estados em desfavor dos direitos humanos dos indivíduos (GUERRA, 2008, p. 55). Dentre esses mecanismos, destaca-se o controle de convencionalidade, criado com o objetivo de harmonizar a legislação interna dos Estados com os tratados internacionais de direitos humanos por ele ratificados.

A expressão controle de convencionalidade foi utilizada pela primeira vez na França, na década de 70, quando o Conselho Constitucional, na Decisão nº 74-54 DC, manifestou não ser competente para examinar a convencionalidade da legislação ordinária francesa em relação à Convenção Europeia de Direitos Humanos (MAZZUOLI, 2011). Contudo, foi esse um caso isolado, sendo no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) que a prática realmente se desenvolveu até alcançar seus contornos conceituais atuais (LOPES, CHEHAB, 2016).

Assim, segundo Rey Castor (2008), as Opiniões Consultivas no 13/93 e no 14/94 emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) constituem o início da construção jurisprudencial do controle de convencionalidade no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). Nessas Opiniões, a CorteIDH afirmou a obrigação dos países que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) de compatibilizar seu ordenamento jurídico interno com esse documento. Essa posição foi afirmada de forma ainda mais enfática no caso *Las Palmeras v. Colombia*:

Quando un Estado es Parte de la Convención Americana y ha aceptado la competencia de la Corte en materia contenciosa, se da la posibilidad de que ésta analice la conducta del Estado para determinar si la misma se ha ajustado o no a las disposiciones de aquella Convención aún cuando la cuestión haya sido definitivamente resuelta en el ordenamiento jurídico interno. La Corte es asimismo competente para decidir si cualquier norma del derecho interno o internacional aplicada por un Estado [...] es compatible o no con la Convención Americana. En esta actividad la Corte no tiene ningún límite normativo: toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad. (CORTEIDH, 2000).

Essa construção jurisprudencial do controle de convencionalidade alcançou seu ápice em *Almonacid Arellano e outros v. Chile*, de 2006 (CORTEIDH, 2006), considerado por grande parte da doutrina como o primeiro caso, em virtude de ter sido a primeira vez em que a CorteIDH usou a expressão controle de convencionalidade (SAGÜES, 2010). Em *Almonacid Arellano e outros*, o Estado chileno foi condenado por não ter investigado e sancionado os responsáveis pelo assassinato cometido por carabineros contra Luis Alfredo Almonacid Arellano, no dia 16 de setembro de 1973. A vítima, de 42 anos, era professor de ensino fundamental e militante do Partido Comunista do Chile. O crime não foi investigado porque os autores foram beneficiados pelo Decreto Lei no 2.191, do 11 de

abril de 1978 (CHILE, 1978), que anistiou todas as pessoas envolvidas em fatos criminosos dessa natureza cometidos entre o 11 de setembro de 1973 e o 10 de março de 1978.

A CortelDH entendeu que, apesar de existir uma lei interna que concedia anistia aos autores desse tipo de crime, o Estado chileno tinha antes a obrigação de respeitar as normas da CADH.

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CORTEIDH, 2006).

Configura-se, assim, o controle de convencionalidade, sendo definido como a obrigação que juízes e outras autoridades nacionais têm de “inaplicar aquellas normas domésticas que no se conforman con las cláusulas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como la interpretación que de éstas hace la misma Corte” (CONTESSE, 2013).

Observe-se que o controle de convencionalidade não se limita auferir a compatibilidade da legislação interna com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mas envolve também a interpretação que a CortelDH faz dela, conforme a própria CortelDH decidiu na sentença de supervisão e cumprimento do caso Gelman v. Uruguay, na qual “incorporou a ideia de coisa julgada interpretada erga omnes para inserir força vinculante às interpretações da CtIDH a serem aplicadas no plano interno por meio do controle de convencionalidade” (MAGALHÃES, 2016, p. 120).

Dessa maneira, evidencia-se a força do controle de convencionalidade, cujos fundamento, segundo Néstor Sagüés (2012), são: a) o princípio da boa-fé no cumprimento das obrigações internacionais; b) o princípio do efeito útil dos tratados; e, c) o princípio da impossibilidade de alegar direito interno para descumprir deveres supranacionais.

No Brasil, o controle de convencionalidade começou a ser aplicado apenas recentemente. Fato decisivo para sua implementação foi o julgamento do RE nº 466.343/SP, no qual o Supremo Tribunal Federal firmou o seguinte entendimento: a) os tratados internacionais de direitos humanos aprovados segundo o rito do §3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 têm nível constitucional e integram o bloco de constitucionalidade; b) os tratados internacionais de direitos humanos não aprovados na forma do §3º do art. 5º têm nível supralegal e efeito paralisante; c) os demais tratados que não versem sobre direitos humanos têm o mesmo nível das leis ordinárias (STF, 2008).

Todavia, o STF foi além da supralegalidade, ao afirmar que os tratados não aprovados na forma do §3º do art. 5º, a exemplo da CADH, paralisam os efeitos das normas infraconstitucionais que lhes fossem contrárias.



[...] diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante (BRASIL, 2008).

Deve-se observar que a relevância dessa decisão não se restringe apenas à elevação desses tratados ao nível supralegal ou à concessão de efeitos paralisantes, mas representa a atual tendência mundial de prestigiar documentos internacionais para proteger os direitos humanos. Nesses termos, expressa-se Antônio Moreira Maués:

[...] a tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção dos direitos humanos, a evolução do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, os princípios do direito internacional sobre o cumprimento de obrigações internacionais não permitem mais a manutenção da tese da legalidade, servindo a supralegalidade como uma solução que compatibilizaria a jurisprudência do STF com essas mudanças, sem os problemas que seriam decorrentes da tese da constitucionalidade. Assim, os tratados de direitos humanos passam a paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com eles conflitante (MAUÉS, 2013, p. 32-33).

Trata-se, sem dúvida, de uma mudança paradigmática no Direito brasileiro, refletindo uma nova realidade que exige um duplo exame vertical da compatibilidade material da legislação infraconstitucional em relação agora não apenas da Constituição Federal de 1988 (controle de constitucionalidade), mas também a respeito dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil (controle de convencionalidade) (MAZZUOLI, 2011, p. 116) e, mais ainda, trata-se de valorizar os órgãos judiciais internacionais (RAMOS, 2009), por meio de um verdadeiro diálogo jurisprudencial permanente, cuja finalidade deve ser a proteção efetiva do ser humano, como aponta Ferrer MacGregor (2014, p. 188):

En todo caso, el diálogo jurisprudencial (regional y nacional) contribuirá a la permanente interacción para construir un derecho público interamericano, recordando que los instrumentos, órganos y tribunales nacionales e internacionales en esta materia, tienen la misma y última finalidad: la protección efectiva del ser humano.

Sob esse enfoque, resta assente destacar a relevância do controle de convencionalidade, de modo a estabelecer a preponderância dos tratados internacionais em detrimento da legislação infraconstitucional que não carregue concordância com o resguardo dos direitos humanos (RUSSOWSKY, 2012, p. 62-63).

## 5. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO NO JULGAMENTO DO HC 40.300/RJ

A necessidade de interpretação harmônica das normas domésticas com os ditames expostos nos tratados internacionais de direitos humanos fez surgir a imprescindibilidade de implantação do controle de convencionalidade.

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) vem exigindo dos Estados-parte a compatibilização das normas domésticas com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), por meio do controle de convencionalidade, como forma de garantir a efetiva proteção da dignidade de todos os seres humanos.

Nesse sentido, ao se examinar a Lei no 10.792/2003 (BRASIL, 2003), que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), verifica-se sua incompatibilidade com a CADH, especificamente contra o art. 5.2.

No art. 5.2 da CADH estabelece-se que “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano” (OEA, 1969), sendo que o RDD, ao prever o isolamento celular, infringe uma nítida violência física e psicológica contra o apenado, ensejando uma ofensa direta contra sua dignidade e direitos humanos.

Em casos análogos, a CorteIDH tem expressamente asseverado que o isolamento celular constitui uma clara ofensa ao art. 5.2 da CADH. Assim, na sentença do caso Velásquez Rodríguez v. o Estado de Honduras, de 29 de julho de 1988, afirmou que o isolamento celular constituía uma forma de tratamento desumano e cruel, apresentando-se como uma ofensa à integridade psíquica e moral do detento, de modo a caracterizar ofensa à dignidade humana do preso e a violação aos ditames expostos no art. 5.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

194. La Corte ha establecido que el "aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva son, por sí mismos, tratamientos crueles e inhumanos, lesivos de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano.

195. La Corte ha dicho, también, que en 'los términos del artículo 5.2 de la Convención toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos. La incomunicación ha sido concebida como un instrumento excepcional por los graves efectos que tiene sobre el detenido, pues 'el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles' (CORTEIDH, 1988).

A decisão exarada no caso Velásquez Rodríguez v. Estado de Honduras torna passível a compreensão de inadmissibilidade do RDD, haja vista instituir uma pena cruel, desumana e degradante.

Esse mesmo entendimento está presente na Resolução da CorteIDH, do 30 de novembro de 2005, na qual foram fixadas Medidas Provisórias que o Estado brasileiro devia atender em relação ao Caso das Crianças e Adolescentes Privados de Liberdade no “Complexo Tatuapé” da FEBEM (CORTEIDH, 2005):

13. Que estão estritamente proibidas todas as medidas disciplinares que constituam um tratamento cruel, subumano ou degradante, incluídos os castigos corporais, a reclusão em isolamento, assim como qualquer outra sanção que possa por em perigo a saúde física ou mental do menor.

Mais recentemente, em 21 de julho de 2016, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) concedeu a Medida Cautelar no 302-15, Asunto adolescentes privados de libertad en el Centro de Atención Socioeducativo del Adolescente (CASA) Cedro del estado de San Pablo respecto de Brasil, na qual novamente manifestou o entendimento do isolamento celular ser uma forma de tratamento cruel, desumano e degradante:

15. En cuanto a las serias condiciones de detención que incluyen el aislamiento prolongado y continuo, la Comisión toma nota que el Relator Especial de Naciones Unidas contra la Tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes en su informe de 2011 expresó que “Los órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados recomiendan sistemáticamente que los delincuentes juveniles, niños o menores no sean sometidos a un régimen de aislamiento (CAT/C/MAC/CO/4, párr. 8; CAT/OP/PRY/1, párr. 185; RC/C/15/Add.151, párr. 41; y CRC/C/15/Add.232, párr. 36 a))” y señala expresamente que “[e]n el párrafo 67 de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, se expresa: “Estarán estrictamente prohibidas todas las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos ... las penas de aislamiento ... así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental del menor”. En este sentido, concluye afirmando que “la imposición del régimen de aislamiento a menores, cualquiera sea su duración, es un trato cruel, inhumano o degradante y viola el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 16 de la Convención contra la Tortura y recomienda a los Estados “abolir la aplicación del régimen de aislamiento a los menores” (CIDH, 2016).

Assim sendo, a fundamentação de admissibilidade exarada pelo STJ quando do exame da constitucionalidade do RDD não encontra amparo na jurisprudência internacional nem nos tratados internacionais de direitos humanos que pugnam pela proteção da dignidade humana em sua máxima essência, e dão primazia à norma mais favorável ao indivíduo (princípio pro homine), não sendo, portanto, cabível, seu afastamento sob a justificativa da segurança interna dos estabelecimentos prisionais.

Utiliza o STJ erroneamente o princípio da proporcionalidade no exame do HC nº 40.300/RJ ao conferir prevalência à segurança nos presídios em prejuízo dos direitos fundamentais do detento, haja vista esse princípio ser utilizado para justamente vedar limitações que atinjam esses direitos (LOPES, 2001, p. 194).

Nessa mesma linha, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) interpôs, em 17 de outubro de 2008, a ADI no 4162 contra a Lei no 10.792/2003 que instituiu o RDD. Para a OAB:

Os termos legalmente instituídos de aplicação do RDD, que incluem isolamento prolongado do preso, incomunicabilidade, severa restrição no recebimento de visitas, entre outras medidas, aviltam o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III) agredindo também as garantias fundamentais de vedação à tortura e ao tratamento desumano o degradante (Art. 5º, III) e de vedação de penas cruéis (Art. 5º, XLVII, “e”) (STF, 2008).

A ADI no 4162 encontra-se ainda aguardando julgamento pelo STF. De qualquer forma, a sua propositura reforça, por si só, o entendimento do caráter violador de direitos humanos do RDD, podendo, conseqüentemente, qualquer autoridade brasileira, sem necessidade de esperar a decisão final da ADI, deixar de aplicar, via controle de convencionalidade, a Lei no 10.792/2003 tendo em vista sua incompatibilidade com a CADH.

## 7. CONCLUSÃO

Em 01 de dezembro de 2003 foi promulgada a Lei no 10.792, que incorporou o Regime Disciplinar Diferenciado no ordenamento jurídico brasileiro, instituindo o isolamento celular como uma das suas sanções, desrespeitando o princípio da dignidade humana e a proibição de penas cruéis, previstos tanto na Constituição Federal de 1988, como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, haja vista o isolamento provocar graves danos à integridade física e moral do preso.

Esse entendimento, entretanto, não é pacífico no Brasil, como revela a construção argumentativa exarada pelo Superior Tribunal de Justiça, no HC nº 40.300/RJ, para arguir a constitucionalidade da citada Lei, sob a alegação dos direitos fundamentais não serem absolutos e da necessidade de manter a segurança no interior dos estabelecimentos prisionais.

Trata-se de uma posição que afronta diretamente não apenas a Constituição Federal de 1988 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mas também a ampla jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a matéria, devendo, portanto, ser imediatamente removida via controle de convencionalidade, a partir do qual todo juiz ou autoridade tem a obrigação de deixar de aplicar norma interna contrária a essa Convenção ou à interpretação que essa Corte faça dela.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem se pronunciando inúmeras vezes sobre a inadmissibilidade do isolamento celular como sanção penal, a exemplo do caso Velásquez Rodríguez v. o Estado de Honduras, de 1988 (CORTEIDH, 1988), em virtude de considerar o isolamento do mundo exterior como causa de sofrimentos morais e perturbações psíquicas que acrescentam o risco de agressão e arbitrariedade nos presídios,

Todavia, a posição contrária à Lei no 10.792/03 encontra-se reforçada pela propositura da ADI no 4192, em 2008, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, na qual a constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado é questionada. A ação aguarda ainda julgamento, mas constitui um forte indicativo da necessidade de rever a legislação interna.

Enquanto isso não acontecer, o controle de convencionalidade apresenta-se como mecanismo idôneo para garantir a dignidade humana do apenado, tendo vista estabelecer a obrigação de toda autoridade de deixar de aplicar norma interna se contrária à Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou da interpretação que a Corte Interamericana de Direitos Humanos faz dela.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 10.792**, de 1 de dezembro de 2003 Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências.. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.792.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm) Acesso em: 04 out. 2016

BRASIL. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm) Acesso em: 03 out. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) Acesso em: 8 out. 2016.

CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. **O Regime Disciplinar Diferenciado**: novas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/30/Documentos/273.pdf> Acesso em: 02 jun. 2016.

CHILE. **Decreto Lei nº 2.191**, de 11 de abril de 1978. Disponível em: [http://www.usip.org/sites/default/files/file/resources/collections/commissions/Chile90-AmnestyLaw\\_decree2191.pdf](http://www.usip.org/sites/default/files/file/resources/collections/commissions/Chile90-AmnestyLaw_decree2191.pdf) Acesso em: 10 abr. 2016.

CONTESSÉ, Jorge. ¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: IGLESIAS VILA, Marisa et al. **Derechos humanos**: posibilidades teóricas y desafíos prácticos. Buenos Aires: Sela, 2013

CIDH – COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medida Cautelar nº 302-15, Asunto adolescentes privados de libertad en el Centro de Atención Socioeducativo del Adolescente (CASA) Cedro del estado de San Pablo respecto de Brasil**, de 21 de julho de 2066. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2016/MC302-15-ES.pdf> Acesso em: 10 out. 2016.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Gelman Vs. Uruguay. Supervisión y Cumplimiento**, sentencia del 20 de marzo de 2013. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman\\_20\\_03\\_13.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf) Acesso em: 19 ago. 2017.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Almonacid Arellano y Otros v. Chile**, julgado em 26 de setembro de 2006. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf) Acesso em: 10 mar. 2016.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos**, de 30 de novembro de 2005, Medidas Provisórias com respeito à República Federativa do Brasil. Caso das Crianças e Adolescentes Privados de Liberdade no “Complexo Tatuapé” da FEBEM. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/febem\\_se\\_02\\_portugues.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/febem_se_02_portugues.pdf) Acesso em: 5 out. 2016.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Las Palmeras v. Colombia**, julgado em 4 de fevereiro de 2000. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_67\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_67_esp.pdf) Acesso em: 10 mar. 2016.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras**, julgado em 29 de julho de 1988. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/2ed9f5488d3b613fb7364d2008a0c3a1.pdf>  
Acesso em: 10 mar. 2016.

DUARTE, Júlia Karolline Vieira; DUARTE NETO, Júlio Gomes. O Estado de coisas inconstitucional (ECI): o remédio estrutural para a efetivação dos direitos fundamentais perante um diálogo entre os poderes da União. **Revista da ESMAL**, Maceió-AL, n. 1, p. 298-321, 2016.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional. **Urbe et ius**, Buenos Aires, vol. 1, nº 11, 2014, p. 151-188.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 2009.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 1974.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos na ordem jurídica internacional e os reflexos na ordem constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento e Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LOPES, José Mouraz. Pensar, hoje, a execução da pena de prisão. **Revista Esmat**, a. 9, n. 12, p. 153-168, jan-jun. 2017.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, v. 12, n. 2, p. 82-94, jul-dez 2016.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2001.

MAGALHÃES, Breno Baía. O controle difuso de convencionalidade no Brasil: soluções para seu aprimoramento. In: CHAI, Cássius Guimarães; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; CHAVES, Valena Jacob (org.). **Ensaio crítico**: do político ao jurídico. Campo dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2016, p. 106-129.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OEA – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Interamericana de Direitos Humanos**, de 22 novembro de 1969. Disponível em:  
[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm) Acesso em: 6 set. 2016.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Notas sobre a Inconstitucionalidade da Lei 10.792/2003, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na Execução Penal**. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). *Críticas à execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa**, a. 51, n. 201, jan/mar. 2014, p. 193-214.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 104, p. 241-286, jan./dez. 2009.

RÉGIS, Jonathan. Breve Análise do regime disciplinar diferenciado frente aos direitos humanos. **E-Civitas**, Vale do Itajaí, v. 7, n. 2, dez. 2014.

REY CANTOR, Ernesto. **Controles de convencionalidad de las leyes**. México: Porrúa, 2008.

RUSSOWSKY, Iris Saraiva. O controle de convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna. **Revista do CAAP**, Belo Horizonte, n. 2, v. XVIII, p. 61-96, 2012.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. **El “control de convencionalidad” en el Sistema Interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales**. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo, México D.F; UNAM, 2012, p. 381-417.

SAGÜÉS, Nestor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. **Estudios Constitucionales**, a. 5, n. 1, 2010, p. 117-136.

STF - Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4162**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=443438&tipo=TP&descricao=ADI%2F4162> Acesso em: 02 jun. 2016.

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 466.343/SP**, de 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444> Acesso em: 7 set. 2016.

STJ - Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 40.300**, julgado em 7 de junho de 2005. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1803126/habeas-corpus-hc-40300-rj-2004-0176564-4> Acesso em: 02 jun. 2016.

#### COMO CITAR ESSE DOCUMENTO:

LOPES, Ana Maria D'Ávila; TOMÉ, Semiramys Fernandes. A inaplicabilidade imediata do regime disciplinar diferenciado com base no controle de convencionalidade. *Revista do Direito, Santa Cruz do Sul*, v. 2, n. 52, out. 2017. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/8486>>. Acesso em: \_\_\_\_\_. doi:<http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v2i52.8486>.